第 52 卷 第 2 期 北京大学学报(哲学社会科学版) Vol. 52, No. 2
2015 年 3 月 Journal of Peking University(Philosophy and Social Sciences) Mar. 2015

论司法确认程序的性质

白 彦[1] 杨 兵[2]
(1. 北京大学 政府管理学院,北京 100871;2. 北京市朝阳区人民法院,北京 100026)

摘 要: 当前学界对于司法确认性质的探讨和争论主要围绕着是诉讼程序还是非讼程序展开,而依据基本都是“二元分离适用论”下的“实质界限说”为判断标准。但实际上,对于诉讼与非讼的界分,理论界早已用“交错适用论”代替了“二元分离适用论”。因此,以“交错适用论”为基础来判断,司法确认由于具有非讼争性、解决纠纷的目的性以及程序保障的适中性,应该属于诉讼法理与非讼法理交错适用的民事案件,将其纳入到诉讼程序或非讼程序均可,关键看立法政策如何取舍。而从制度设计的本意考量,将司法确认程序纳入到非讼程序应该说更为适宜,因为非讼程序相比于诉讼程序所具有的快捷、迅速、经济及弹性的特点,与司法确认程序所要实现的制度目标更为接近。

关键词: 司法确认性质;诉讼;非讼

中图分类号:DF 0 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5919(2015)02-0138-08

司法确认程序的性质主要指的是司法确认程序所属的类型,易言之,指的是司法确认属于一种什么样的程序。对于司法确认程序的性质,有学者认为,“是首先必须面对和解决的问题,因为程序的性质决定了程序的构造”①。然而,无论是从既有规定还是学界关注来看,目前对于司法确认的程序性质存在着较大的分歧,主要有诉讼程序说、非讼程序说、特别程序说以及独立的民事司法程序说等观点。这些争议的背后,核心的焦点主要围绕诉讼程序和非讼程序的分野展开。那么,两者区分的标准到底是什么? 司法确认程序究竟是属于两者中的哪一种程序或者是属于其他程序呢? 界定司法确认程序的性质对于司法确认程序的运行有何影响和意义? 围绕着这些问题,本文将展开有针对性的探讨,力求廓清萦绕在司法确认程序性质上的各种争议。

一、基础理论分析:如何界分诉讼与非讼

(一)“二元分离适用论”下的诉讼与非讼之界分

传统民事诉讼理论上的“程序法理二元分离适用论”认为,民事案件分为诉讼事件和非讼事件;相应地,民事程序也分为诉讼程序和非讼程序,诉讼事件依据民事诉讼程序原理来审理,而非讼事件则依民事非讼程序原理审理。

在传统的“二元分离适用论”下,诉讼与非讼泾渭分明,是存在实质区别的。对于非讼程序与诉讼程序的本质区别有以下两点:一是非讼程序的程序保障相对薄弱。在非讼程序中,要求裁判迅速且具有妥当性,这也是非讼事件的特别要求,在此要求下,程序保障被放在了次要的位置;同时,非讼程序强调国家干预主义,其背后蕴含着国家需要作为市民生活的监护人更加广泛地介入社会的理念,此时,法官的自由裁量权就超越了程序

收稿日期:2014-10-18

作者简介:白彦,男,内蒙古呼和浩特人,北京大学政府管理学院副教授。

① 潘剑锋:《论司法确认》,《中国法学》2011 年第 3 期。

保障的理念,法官会在程序中占据更加主动和主导的地位,而当事人的地位则要相对弱化;而且,对于非讼事件而言,由于“不存在讼争性且无对立的当事人,因而也不存在是否需要攻击防御机会的问题”①,严格的程序保障自无需要。二是非讼程序绝对不具有解决纠纷的功能。这主要是因为传统意义上而言,非讼程序只是一种对没有争议的非讼事件的审理程序,司法权介入其中,主要作用不在于解决纠纷,而是发挥监护、确认、许可及证明等功能。

依据上述界分,有学者对于“二元分离适用论”下非讼程序和诉讼程序的区别进行了更为细致的分析②:(1)制度目的和指导原则不同。非讼程序重点在于预防或监督,以避免纠纷的发生,所以要以合目的性③为其指导原则,而诉讼程序更多在于保护权利、解决纠纷,所以要以公平与正义为其指导原则;(2)程序原则不同。非讼程序一般适用职权探知主义和不公开原则,通过裁定程序处理问题,而诉讼程序原则上采用辩论主义和公开原则,主要通过判决或调解解决问题;(3)事件性质不同。非讼事件一般没有争讼性,所以一般不会有双方当事人,而诉讼事件是争讼性的,必然会有对立的双方当事人;(4)裁判的效力不同。非讼事件的裁定或决定不具有既判力,其中所涉及的实体法律关系,如果存在争议的话,当事人仍可以之作为诉讼之标的起诉,而诉讼事件的判决具有既判力,当事人不得就同一实体法律关系再行起诉;(5)救济程序不同。非讼程序不适用再审程序,而是规定了裁判变更制度,即非讼程序的裁定或决定作出后,若原审法院发现不当,可以按照一定程序自行变更,而诉讼程序在作出确定裁判后,必须经再审程序才能变更。

(二)“交错适用论”下的诉讼与非讼之界分

由于时代变迁和社会发展,各种新的思潮和事件不断出现,相应地,围绕着非讼程序的争论也越来越多,特别是传统的“二元分离适用论”受到了越来越多的冲击和质疑。其中的原因,主要有三个方面:

1.“诉讼事件非讼化”的冲击。导致诉讼事件非讼化的原因主要有两方面:一方面,许多诉讼事件越来越大众化、多样化,因此,无论是当事人,还是司法机关,对于诉讼事件以简便、快速的方式解决的需求越来越强烈,且越来越重视。另一方面,一些具有公益性或继续性法律关系的诉讼事件并不适合通过诉讼程序解决。比如,在家事案件,发生争议的案件当事人虽然存在矛盾、对抗激烈,但双方均存在割舍不断的亲情,这类感情往往需要在将来长期的生活中继续维系或保持往来,如果在诉讼程序下,一味强调以对抗的方式去解决争议和争取于己最有利的结果,可能不仅无助于问题的解决,反而会造成当事人的第二次伤害,并对当事人将来的关系维系产生致命的伤害。

2.“二元分离适用论”本身的理论缺陷。随着理论研究的深入,特别是人们对于民事案件特征和类型认识的深化,“二元分离适用论”暴露出两方面的不足:一是具有明显的形式主义特征,对于民事案件类型的划分简单化。因为在实践中,往往存在一些特殊的民事案件,其可能同时带有讼争和非讼性质,所以在对其归类时,到底是将其归为非讼事件或是诉讼事件都很困难。二是容易导致司法过程的机械主义,使每个民事案件的解决,并不一定符合案件本身的特点,甚至会与权利人所要追求的有效保护其合法权益的目的大相径庭,比如在一些争讼案件中,由于过分强调程序的对抗、强调诉讼与非讼的切割,导致当事人最终花

① 王祥远:《试论非讼程序与程序保障》,《四川理工学院学报(社会科学版)》2007 年第 6 期。

② 参见孙永军:《诉讼事件非讼化:含义、法理基础与界限》,《甘肃政法学院学报》2009 年第 3 期。

③ 所谓合目的性,就是指运用非讼程序更有利于保护权利人的权益,实现实体法目的。参见郝振江:《论非讼程序的功能》,《中外法学》2011 年第 4 期。

费的诉讼成本甚至会超出其从诉讼中所获得的救济。

3. 程序保障观念的增强。根据“二元分离适用论”的观点,非讼程序的程序保障较弱,诉讼程序的程序保障强,这也被视为两者的重要区别之一。但随着诉讼民主观念和人权保障浪潮的兴起,以及司法实践中对于程序保障的呼声越来越高,在非讼程序中忽视程序保障的做法遭到越来越多的质疑。越来越多的国家甚至将宪法性权利的可诉性作为一种基本理念,以将当事人的合法听审权作为其一项重要基本权利予以保障。

在上述因素的影响下,“二元分离适用论”的合理性受到质疑,而一种用来解释诉讼与非讼关系的新的理论——“诉讼法理与非讼法理交错适用论”产生①。与该理论相互印证的是,自近代以降,包括德国、日本、我国台湾地区在内的许多大陆法系国家和地区的非讼程序也发生了以下显著变化:(1)对诉讼与非讼界分的观点发生改变。研究者们不得不放弃对于两者实质界限的探寻,转而将两者的区别交由立法者斟酌,并形成了“形式界限说”。该说认为,诉讼事件与非讼事件的界分只是立法政策问题,法律规定采用非讼程序审理的就为非讼事件,反之就是诉讼事件。②该说目前已在德、日等国成为主流观点。(2)非讼程序的程序保障得到加强。以德国为例,2008年修正的非讼事件程序法中增加了程序保障的内容。(3)非讼程序的功能得到扩展。非讼程序在原有的预防纠纷发生的功能基础上,随着诉讼事件的非讼化趋向,纳入到非讼程序范围内调整的诉讼事件逐步增多,非讼程序功能扩展到了纠纷解决上,成为了与诉讼程序并列的一种纠纷解决方式。

(三)几点启示

基于以上分析,笔者认为,在非讼程序及其与诉讼程序的关系问题上可以得到以下几点启示:

1. 预防纠纷还是解决纠纷并不能成为界分诉讼程序与非讼程序的标准。在许多情况下,非讼程序不仅具有确认事实、预防纠纷的功能,也同样具有解决纠纷的功能。

2. 有无争讼性并非区分诉讼事件与非讼事件的标准,许多存在对立当事人的争议纠纷因为某些理由会被纳入到非讼程序中成为非讼事件。

3. 既判力的有无和能否进行再审,并非区分诉讼程序与非讼程序的绝然标准。非讼程序裁定并不必然没有既判力,一般认为,如果非讼事件具有争讼性,且受到了相应的程序保障以及给予了言词辩论的机会,那么,对此非讼裁判应赋予其既判力;而就一般裁定程序而言,虽然不会承认其具有既判力,但是,无论在法理上还是实务中,当事人都不会被允许就同一事实反复重复申请。③ 而相应在非讼程序的救济上,也并非全部适用裁判变更制度,而是在原事实关系基础存在不当时,也会采用再审的方式予以救济。

4. 不能绝对地说诉讼程序强调程序保障,而非讼程序无需程序保障。非讼程序虽然原则上仍采职权主义,但在许多情况下也强调程序保障。不过,非讼程序中程序保障并非越严格越好,必须在把握好程序保障弹性限度内,确保发挥非讼程序迅速经济、易于达成妥当性裁判的特点。

总之,诉讼事件与非讼事件的区分并非绝对的,在一定的情况下两者可以发生转化;诉讼程序与诉讼法理、非讼程序与非讼法理也并非完全的

---

① 该理论认为,“诉讼法院在运作诉讼程序中,于特定情形下,可能且应该并用非讼法理审理民事案件,又,非讼法院在运作非讼程序中,于特定情形下,可能且应该并用诉讼法理审理民事案件”。参见邱联恭:《诉讼法理与非讼法理之交错适用——从民事事件之非讼化审理及诉讼化审理论程序保障之机能》,《民事诉讼法之研讨(二)》,台北:三民书局 1990 年版,第 445 页。

② 参见郝振江:《德日非讼程序审理对象介评》,《国家检察官学院学报》2012 年第 5 期。

③ 参见姜世明:《非讼程序之终结与救济(上)》,《台湾法学杂志》第 154 期。

对应关系,在某些非讼程序中,诉讼法理与非讼法理需要交错适用。

二、当前司法确认性质认识上的误识及其批判

目前,对于司法确认的性质,学术界主要有以下几种具有代表性的观点:

1. 非讼程序说。这种观点认为司法确认程序是非讼程序,是当前学术界的主流观点。其主要理由是:(1)司法确认程序的目的并非解决纠纷,而是在通过诉讼外调解的方式解决纠纷以后确认其效力,以明确相关的民事权利义务关系,预防再发生纠纷。① (2)司法确认程序通常以简易迅速处理为价值取向,这与诉讼程序追求裁判的慎重、公平、正义等价值目标不同。② (3)双方当事人共同到法院申请确认,只有申请人而没有被申请人,表明双方不存在权益争议,不应是诉讼案件。③ (4)从司法确认的裁判采决定形式这一点可以推断当事人对这种裁判不得上诉,此亦为非讼程序的表现之一。④

2. 诉讼程序说。这种观点认为司法确认程序仍是诉讼程序,不过高度简化而已,其主要理由是:(1)确认程序所针对的对象是有争议的纠纷。虽然当事人共同到法院申请司法确认看似没有争议,但当事人实际上正是因为发生了争议,才会去就争议的解决进行协商并达成协议,确认程序只是整个纠纷解决过程中的一个环节而已。⑤ (2)从功能上看,司法确认程序与诉讼程序的功能是一致的,因为司法确认程序所确认的是当事人之间达成的调解协议中相关的权利义务,其功能仍然是为了解决纠纷。

3. 独立程序说。这种观点认为,“这种以确认为基本特征的程序制度,本质上是完全不同于诉讼程序、非讼程序与特别程序的一种独立的民事司法程序。”⑥其主要理由是,诉讼、非讼程序以及特别程序一般采用的是“审判”方式,而司法确认程序却以“审查”方式。

4. 诉讼调解说。这种观点认为,司法确认制度应纳入调解制度中,和诉讼调解规定在一起。其主要理由是:司法确认是一种非讼调解制度,而“非讼调解属于广义上的非讼制度,其与我国传统的非讼制度在法理基础以及要解决的问题和程序的目的上还是存在较大区别的。”⑦

从以上的观点来看,对于司法确认性质的分析主要还是围绕着诉讼程序与非讼程序之间的区别展开。仔细分析,不难发现,目前国内学界对于司法确认性质的讨论至少存在着两大误区。

第一大误区是理论依据上的误区。当前学界对于司法确认性质的判断,不论是诉讼程序说,还是非讼程序说或者诉讼调解说,基本上都是依据“二元分离适用论”下的“实质界限说”展开,都是以司法确认程序是否具有争讼性、其目的是预防纠纷还是解决纠纷等为判断标准。但实际上,“实质界限说”从理论的发展上看早已是明日黄花,与近代以来在世界范围内非讼程序发展的趋势与实际也相去甚远,无论是其理论的正当性还是合理性,都已经发生了动摇,因此,以此作为判

① 参见胡辉:《人民调解协议之司法确认程序再探》,《广西社会科学》2012 年第 5 期。

② 参见刘敏:《论诉讼外调解协议的司法确认》,《江海学刊》2011 年第 4 期。

③ 参见浙江省高级人民法院联合课题组:《关于人民调解协议司法确认的调研》,《人民司法·应用》2010 年第 23 期;占善刚:《人民调解协议司法确认之定性分析》,《法律科学》2012 年第 3 期。

④ 参见唐力:《非讼民事调解协议司法确认程序若干问题研究——兼论〈中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)〉第 38、39 条》,《西南政法大学学报》2012 年第 3 期。

⑤ 参见向国慧:《调解协议司法确认程序的完善与发展——结合《民事诉讼法》修改的思考》,《法律适用》2011 年第 7 期。

⑥ 廖中洪:《民事司法确认程序若干问题研究》,《西南政法大学学报》2011 年第 1 期。

⑦ 章武生:《非讼程序的反思与重构》,《中国法学》2011 年第 3 期。

断司法确认性质是诉讼程序还是非讼程序的理论依据,显然是一种根源上的错误,无论得出什么样的结论都是不能让人信服的,对于司法确认性质的研究和认定只会产生一种误导。

第二大误区是区分标准上的误区。包括两个层面:

首先,将程序保障作为判断程序性质的标准,以此来分析司法确认的程序性质。主要体现为将程序保障强弱与程序性质"对号入座",认为程序保障强者即诉讼程序,程序保障弱者即非讼程序。在这种"标签式"的、简单粗暴的思考路径下,得出一种认识,即由于司法确认程序对当事人的程序保障弱,所以就应该归为非讼程序序列。对于这种类似以"三段论"的逻辑方法进行思考的观点,姑且不论其作出的"司法确认程序对当事人的程序保障弱"的小前提判断是否站得住脚,其赖以推演的大前提"诉讼程序的程序保障强、非讼程序的程序保障弱"就大大值得商榷,因为程序保障的强弱已经不能再成为界分诉讼程序与非讼程序的绝对标准。

其次,将程序中某个环节的特点作为判断标准来认定司法确认的程序性质。比如,因为司法确认作出裁决后不能上诉这一特点,就认为司法确认具有非讼性质;或者因为司法确认规定的是"审查"的方式而未规定"审判",就认为司法确认是既不同于诉讼程序也不同于非讼程序的独立程序。笔者认为,这种通过程序的外在表征来倒推程序性质的思考逻辑,实际上是一种"本末倒置"。许多情况下,程序的表征是由程序的性质决定的,但仅仅通过程序的表征,特别是某些片段性的表征,并不能必然倒推出程序的性质。比如说一审终审制,虽然这是非讼程序的特点之一,但在小额诉讼程序这样的诉讼程序中,同样具有这样的特点,因此不能说只要是一审终审就认定为非讼程序。随着诉讼事件非讼化的加强,诉讼法理与非讼法理在某个程序中相互交融的加深,使得诉讼程序与非讼程序在某些程序特征上越来越接近;加之随着社会的变迁和理论的发展,某些程序所谓的特征,很可能会出现新的变化,甚至可能发生颠覆性的改变。如果再以程序特征特别是某些个别的程序特征来判断程序的性质,相关结论的准确性将很难保证,甚至还可能陷入一种"特征——性质——特征"这样"循环论证"的怪圈。比如,有的观点在论证司法确认的程序性质时,认为司法确认没有规定再审程序的救济,所以推论出司法确认程序是一种非讼程序;而有的观点在论证司法确认的既判力及其救济渠道时,又主张由于司法确认是一种非讼程序,所以没有既判力,也不能适用再审程序进行救济。

三、司法确认程序性质的再认识——以"交错适用论"为基础

基于对以上认识误区的澄清,笔者认为,对于司法确认程序性质的认定,应该从当前民事案件发展的现状出发,以"交错适用论"为原则进行分析。实际上,按照"形式界限说"的观点,对于某个程序是诉讼程序还是非讼程序,区分并不困难,只需要看立法上是将这个程序规定为诉讼程序还是非讼程序即可,笔者也赞同按照"形式界限说"对于民事程序的性质作出界分。但正如前文所述,诉讼程序并不一定是完全按诉讼法理审理,非讼程序也并非全部适用非讼法理审理,一个程序具体是适用诉讼法理、还是非讼法理,或者两者兼用,还需要看其所针对的事件的性质。

在"交错适用论"下,民事案件基本可以分为三种类型:(1)完全适用诉讼法理的民事案件。在这种案件中,当事人之间通常存在激烈对立的民事法律关系,且以权利义务关系对立状态的化解为内容和目的。此类案件在程序法上的基本要求是慎重且有利于达成正确的裁判,因而在诉讼模式上采取的是当事人主义,要求严格的证明规则,尊重当事人的处分权,采取辩论主义、对审原则等。当然,此类案件也并非说要完全放弃裁判的迅速性和经济性,只不过更看重裁判的正确、慎

重。多数的民事案件都属于这一类型。① (2)完全适用非讼法理的民事案件。传统的非讼案件均属于此类,如认定公民无民事行为能力和限制行为能力,宣告公民失踪、死亡,认定财产无主案件等。从国外的立法例看,还包括监护事件、登记登录事件等。此类案件最大的特点是没有任何的争讼性,因此,此类案件的审理均是贯彻职权主义等非讼法理,并一般排除诉讼法理的适用,法院在审理中作出的裁判,仅具有阶段性和暂时性的特点,对于以后法院的审理不发生既判力的效果。(3)诉讼法理与非讼法理交错适用的民事案件。主要是一些存在争议的诉讼案件,本来应适用诉讼法理审理,但基于一些目的的考量,而将其纳入到非讼程序中,在适用非讼法理审理的同时,考虑到此类案件本身的争讼性,需要兼顾适用诉讼法理。家事类案件、督促程序等实际上都属于此类情形。

依据上述分类,诉讼外调解协议的司法确认应该属于哪一类呢? 笔者认为,可以从以下三个主要方面进行分析:

其一,司法确认的程序目的是什么。对这一问题,学术界主要有三种观点:一是解决纠纷说,即当事人司法确认是为了彻底解决双方当事人之间的纠纷;二是预防纠纷说,即当事人申请司法确认是为了防止再就调解协议发生纠纷;三是使调解协议获得强制执行力说,即设立司法确认程序,就是为了通过司法审查这一方式,使民事调解协议获得强制执行力。② 笔者认为,纠纷预防说和使调解协议获得强制执行力说虽然都有一定的道理,但都未探究到更加深层的目的,即当事人为了彻底解决纠纷的需要。笔者赞同解决纠纷说,理由是:首先,司法确认虽然是围绕着调解协议的效力展开,但双方当事人申请司法确认的目的,绝不仅仅是为了探讨调解协议的效力或者说防止再就调解协议发生纠纷,而是希望通过司法确认这样一种方式,使他们之间达成的诉讼外调解协议通过司法的背书得到更高的效力,弥补原有的法律效力方面的不足,以便能够彻底解决他们之间的纠纷。其次,通过司法确认使调解协议增强效力,虽然是当事人申请司法确认一个非常重要且直接的目的,但绝非唯一目的。当事人应该还希望通过司法确认的方式,终局性地、一劳永逸地解决双方的纠纷,肯定是不希望因为同样的纠纷再起讼争。因此,有必要赋予司法确认的裁判对于调解协议双方当事人的既判力,实现他们一次性解决纠纷的目的。而且,如果没有这一既判力,司法确认裁判的强制执行力也是不牢固的,因为没有既判力,当事人还随时可以就纠纷提起诉讼,那么强制执行力也会因此处于一种非常不确定的状态。因此,对当事人而言,他们实际上是希望司法确认裁判同时具有执行力和既判力的。也只有这样,司法确认程序才能在与当事人通过诉讼方式请求履行调解协议或请求确认调解协议效力的诉讼程序的对比中,取得一定的制度比较优势,因为在效力相当的情况下,司法确认程序所具有的更加便捷地解决当事人纠纷的优点能够得到凸显,而如果没有效力的保障,那么司法确认所具有的便捷优势也只是一种暂时的、具有很大不确定性的便捷,对当事人的吸引力会大打折扣,可能导致许多当事人不选择司法确认而直接去通过诉讼的方式解决问题。

其二,司法确认程序是否具有讼争性。司法确认由双方当事人共同申请启动,双方当事人均为申请人,在确认程序中没有对立的双方;而且,司法确认的对象是调解协议的效力,而当事人对于调解协议本身并没有争议。因此,对于调解协议的司法确认,应该被认为是没有讼争性的事件。

---

① 参见邓辉辉:《论诉讼法理与非讼法理从二元分离适用论到交错适用论的发展》,《广西社会科学》2010 年第 6 期;孙永军:《诉讼事件非讼化:含义、法理基础与界限》,《甘肃政法学院学报》2009 年第 3 期。

② 参见唐力:《非讼民事调解协议司法确认程序若干问题研究——兼论〈中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)〉第 38、39 条》,《西南政法大学学报》2012 年第 3 期。

其三,司法确认程序是否具有程序保障。在司法确认程序中,虽然由于审理事由的无争讼性,法院在对诉外调解协议进行审查时更多采取了职权探知主义,一般不开庭审理,更没有当事人的相互辩论等程序,但并不意味着不需要给当事人一定的程序保障。如果要想彻底解决当事人之间的纠纷,法院必须要审查调解协议的达成是否是以真实、自愿、合法为基础,因此在审查的过程中,需要根据审查的情况,适时地给当事人一定的发表自己意见和主张的机会,特别是在仅根据书面材料对诉讼外调解协议真实性、合法性无法确认时,可以让申请人或案外人、调解员到庭进行询问,听取他们的意见。这一方面是为了核查调解协议的真实性、合法性,更重要的是,有助于法院确认调解协议是否真正基于当事人的自愿、是否真正是双方的合意,而合意正是司法确认具有正当性并且可以对当事人产生实质拘束力的重要基石之一。因此,司法确认程序中,对于申请人是有一定的程序保障的,而且这种程序保障是有很大必要性的。①

综上分析,笔者认为,诉讼外调解协议的司法确认,从案件性质上言,应该属于诉讼法理与非讼法理交错适用的民事案件,因此,从理论上说,将其纳入到诉讼程序或非讼程序都是可以的。至于具体在立法上应该将其规定为何种程序,就取决于立法者的立法政策了。诉讼外调解协议的司法确认由于没有相对应的实体法条款的规定,因此,对其立法政策的考量主要就是取决于立法者对于司法确认的态度了。应该说,立法者之所以设计司法确认这一制度,主要就是为了弥补当事人在诉讼外调解解决纠纷中效力上的不足,通过这种效力上的补足,使纠纷能够得到简易、迅捷的解决。从这种立法政策上考虑,将司法确认程序纳入到非讼程序应该说更为适宜,因为非讼程序相比于诉讼程序所具有的快捷、迅速、经济及弹性的特点,与司法确认程序所要实现的制度目标更为接近,而司法确认在非讼程序下也更能够发挥其作用。从民事诉讼法对于司法确认程序的最终规定来看,在第十五章“特别程序”第六节中专门规定“确认调解协议案件”,实际上在立法的最终选择上也是将司法确认程序纳入到了非讼程序中②。笔者赞同这种立法安排。

结　语

司法确认程序虽然被纳入到非讼程序中,但并不意味着只适用非讼法理审理,而是需要在审理中交错适用非讼法理与诉讼法理,比如在审理中给予当事人一定的程序保障,基于制度目的、程序保障等多重视角应赋予司法确认裁定一定的既判力,等等。当然,诉讼法理及程序保障在司法确认程序中运用必须把握好度,绝不能为了程序保障而丧失司法确认程序在解决纠纷上所具有的迅速、经济、灵活等特点,这是司法确认在交错适用诉讼法理与非讼法理必须坚持的原则。

---

① 我国台湾地区邱联恭教授甚至认为,此种程序保障之赋予乃为确保当事人之程序主体地位所必要,不应因就该类事件为非讼化审理或为诉讼化审理而产生差异,并承认以此种程序保障践行为基础的裁定具有实质上确定力(相当于判决之效力),以避免再开诉讼程序违反非讼化的目的。参见邱联恭著:《程序制度机能论》,台北:三民书局 1996 年版,第 105 页。

② 我国民事诉讼法中虽然没有采用非讼程序的概念,但已有少学者采用非讼程序的概念来分析民事诉讼法第 15 章的内容,认为 15 章规定的这些事件及程序实质上就是关于非讼案件审理程序的规定,在类型上与通常的非讼程序没有差异。

Onthe Nature of Judicial Confirmation

Bai Yan[1], Yang Bing[2]

(1. *School of Government*, *Peking University*, *Beijing* 100871, *China*;

2. *Chaoyang District People' s Court*, *Beijing* 10026, *China*)

Abstract: Based on the absolute distinction between judicial procedure and non-judicial procedure, theoretical discussions focus on the nature of judicial confirmation as to whether the judicial confirmation is judicial procedure or not, and its purpose is to prevent or resolve a dispute. Theoretically, the differentiation between judicial procedure and non-judicial procedure is vanishing gradually. Thus in my opinion, the nature of judicial confirmation is a complex of judicial procedure and non-judicial procedure. In order to design a perfect institute, classifying it as non-judicial procedure is more appropriate, because non-judicial procedure is more flexible, convenient and efficient than judicial procedure, and is beneficial to achieve its purpose.

Key words: the nature of judicial confirmation, judicial procedure, non-judicial procedure

(责任编辑　　刘曙光)